

K E N D E L S E

Entreprenørfirmaet Poul Pedersen A/S
(advokat Peter Bach, Århus)

mod

Århus Kommune, Sundhed & Omsorg
(advokat Tina Braad ved adv. fm. Sven Bjerregaard, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 62-089048 af 30. marts 2009 udbød Århus Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) opførelsen af 60 plejeboliger med serviceareal på Vestervang i Århus C. Tildelingskriteriet var »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen den 7. maj 2009 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Davidsen Partnere A/S
2. Hoffmann A/S
3. MT Højgaard A/S
4. E. Pihl & Søn A/S
5. C.C. Contractor A/S
6. Poul Pedersen A/S
7. Einar Kornerup A/S.

Den 29. maj 2009 besluttede indklagede at prækvalificere de anførte virksomheder.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 29. maj 2009, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. juni 2009 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Den 25. september 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Davidsen Partnere A/S. Det blev oplyst, at kontrakt ville blive indgået i uge 41. Indklagede besluttede samtidigt at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Den 12. oktober indgav klageren, Poul Pedersen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Århus Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 19. marts 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at klagerens tilbud var ukonditions-mæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Davidsen Partnere A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

Det fremgår af udbudsbetingelserne af 29. maj 2009, at forbehold, der strider mod indholdet af udbudsmaterialet, ikke accepteres.

Det er endvidere anført, at meddelelse om tildelingsbeslutningen forventes udsendt sidst i september 2009 under forudsætning af Århus Byråds godkendelse.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen under punkt III 1.1 »De vigtigste finansierings- og betalingsvilkår og/eller henvisning til relevante bestemmelser herom«:

»AB 92 med Århus Kommunes tilføjelser/fravigelser samt cirkulære nr. 174 af 10. oktober 1991 om tid og pris.«

Af »Fællesbestemmelserne«, der er en del af udbudsbetingelserne, punkt 2 fremgår, at AB 92 gælder med følgende ændringer og tilføjelser:.

»AB § 9, stk. 2. Bygherren lader foretage afsætninger af de bestemmende hovedlinier og højder (koter), medens al øvrig afsætning foretages af entreprenøren.

...

AB § 24, stk.1. Entreprenøren har ret til forlængelse af tidsfrister ved forsinkelse af arbejdet, der er en følge af

...

2) bygherrens forhold eller anden entreprenørs forsinkelse,

...

4) nedbør, lav temperatur, stærk vind eller andet vejrlig, som forhindrer eller forsinker arbejdet, når sådant vejrlig forekommer i væsentlig større omfang, end det er sædvanligt for den pågældende årstid og egn, eller

...

Ad AB § 24, stk. 4.

Tidsfristforlængelse grundet vejrlig fastlægges således, at der ved nødvendige arbejdsstandsninger på grund af vejrlig tildeles entreprenøren tidsfristforlængelse, såfremt arbejdsstandsningen overskrider nedenstående:

3 dage pr. måned - 1. november til 31. marts

2 dage pr. måned - 1. april til 31. oktober.

Der overføres ikke spilddage til den efterfølgende måned.

...

§ 27, stk. 1. Entreprenøren har ret til erstatning for det lidte tab, hvis forsinkelsen skyldes 1) bygherrens forhold jf. § 24, stk. 1, nr. 2, og denne har udvist fejl eller forsømmelse,

...

Stk. 2, Entreprenøren har ret til godtgørelse, hvis årsagen til forsinkelsen kan henføres til

...

2) § 24, stk. 1, nr. 2, uden at være omfattet af nærværende bestemmelses stk. 1 eller stk. 3.

...

Godtgørelsen udgør det tab, entreprenøren har lidt, dog uden entreprenørens mistede fortjeneste ved ikke at kunne udføre andre arbejder i forsinkelsesperioden eller lignende videregående tab.«

I fællesbetingelserne er desuden bl.a. anført:

»1.4 Grundlag for tilbudsafgivelse

Velfærdsministeriets bekendtgørelse om nøgletal:

Der gøres opmærksom på, at dette byggeprojekt skal evalueres i henhold til Velfærdsministeriets bekendtgørelse om nøgletal for alment byggeri m.v.

Entreprenørerne skal derfor indsamle og aflevere oplysninger under byggeprocessen til brug for beregning af nøgletal.

Der henvises i øvrigt til kravene i bekendtgørelsens § 10 og 11, som skal overholdes, og som derfor nøje bør gennemgås af tilbudsgiver.

Alle udgifter hertil skal være indeholdt i tilbuddet.

Byggeri i vinterperioden

Ved vinterperioden forstås tidsrummet fra d. 1. november til d. 31. marts. I denne periode skal byggearbejder videreføres/udføres uanset vejrliget, således at byggerytmen ikke hindres, medmindre det medfører urimelige ulemper eller uforholdsmæssige udgifter

Grundlag Følgende forhold er gældende for udførelse af vejrligsforanstaltninger:

Byggestyrelsens bekendtgørelse nr. 995 af 6. oktober 2006 samt vejledning af 7. november 2006.

Vinterforholdsregler ved anlægs- og byggearbejder udgivet af Arbejdsministeriets vinterkonsulenttjeneste.

Gældende overenskomstmæssige aftaler om vinterbyggeri indgået af byggefagenes organisationer.

Tilbud Udgifter til overenskomstmæssige vejrligsforanstaltninger skal være indeholdt i tilbuddet. Udgifter til vejrligsforanstaltninger, der er nødvendige på grund af entreprenørens egen forsinkelse i forhold til tidsplanen, er bygherren uvedkommende.

Arbejdets udførelse

Entreprenøren er pligtig til at holde byggeriet i gang i vinterperioden og at tilrettelægge arbejdet således, at standsninger på grund af frost, sne, regn og blæst i videst muligt omfang undgås.

EL er ansvarlig for orienteringslys på byggepladsen

VVS er ansvarlig for frostsikring af vand på byggepladsen

Udgiften skal være indeholdt i tilbud. Ansvar for samt initiativet til at undgå frostskafer af enhver art - også under eventuelle arbejdsstandsninger, påhviler entreprenøren.

...

3.5 Bygherrens afsætninger

Afsætning udover bygherrens afsætninger skal være indeholdt i de enkelte entrepriser

og

Hovedentreprenøren afsætter en gang for alle 6 stk. hovedlinier, samt 6 stk. kotefixpunkter pr. hus.

Hovedentreprenøren har ansvaret for vedligeholdelsen af afsætningerne. Bygherren afsætter ikke hovedlinier eller kotefixpunkter og alt afsætning skal være indeholdt i tilbuddet.

...

3.7.7 Vejrligsforanstaltninger på færdselsarealer

Vejrligsforanstaltninger planlægges iværksat så betids og i et sådant omfang, at de er i stand til at afbøde vejrligets indflydelse på tidsfrister og kvalitet.

Snerydning og tilsvarende arbejder skal så vidt muligt foretages inden normal arbejdstids begyndelse.

og

Hovedentreprenøren forestår udførelsen af vejrligsforanstaltninger på byggepladsens færdselsarealer.

3.8.6 Vejrligsforanstaltninger i skurby og på oplagsplads

Vejrligsforanstaltninger planlægges iværksat så betids og i et sådant omfang, at de er i stand til at afbøde vejrligets indflydelse på tidsfrister og kvalitet.

Snerydning og tilsvarende arbejder skal så vidt muligt foretages inden normal arbejdstids begyndelse.

og

Hovedentreprenøren forestår udførelsen af vejrligsforanstaltninger i skurby og på oplagsplads.

...

3.9.4 Vejrligsforanstaltninger i arbejdsområder

Vejrligsforanstaltninger planlægges iværksat så betids og i et sådant omfang, at de er i stand til at afbøde vejrligets indflydelse på tidsfrister og kvalitet.

Snerydning og tilsvarende arbejder skal så vidt muligt foretages inden normal arbejdstids begyndelse.

og

Hovedentreprenøren sørger for interimsopvarmning og udtørring af bygning. Hovedentreprenøren sørger for snerydning, afisning og grusning af arbejdsområder.

...

3.11.2 El

Der etableres de på byggepladstegningen viste eltavler.

De enkelte entreprenører skal selv sørge for og afholde udgifter til tilslutning af eget elmateriel til tavlerne.

Bygherren kan ikke gøres ansvarlig for afbrydelser i elforsyningen.

...

6.3 Vejrligsdage

Der gives tidsfristsforlængelse for usædvanligt vejrlig, hvis følgende betingelser alle er opfyldt:

Vejrliget skal have medført, at arbejdet har ligget stille - eller at der været nedsat drift svarende til - minimum en halv dag. Arbejdet skal ligge på den kritiske vej i tidsplanen for det pågældende sanktionsbærende tidspunkt. Det samlede antal spild dage for det pågældende arbejde skal inden for en måned overstige det påregnelige antal spild dage.

og

Der henvises til tillæg anført i AB 92.«

Klageren havde i sit tilbud taget Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008. Forbehold 1 og 5 lyder:

»1. For tilbuddet gælder »Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed« af 10. december 1992 (AB 92). Efter AB 92, § 1, stk. 3, gælder udbudsmaterialets fravigelse af betingelserne kun, når det tydeligt og udtrykkeligt angives, på hvilke punkter fravigelse skal ske. Tilbudsgiverens forbehold er en del af tilbuddet og tilsidesættes således ikke af udbudsmaterialet.

...

5. For vinterforanstaltninger i vinterperioden (1.11 – 31.3), jf. vinterbekendtgørelsen, gælder følgende:

»Årstidsbestemte vinterforanstaltninger«, jf. vinterbekendtgørelsen, er indeholdt i tilbudssummen, bortset fra dem, der er fælles for flere entrepriser og ikke i udbudsmaterialet er angivet som hørende til entreprisen. Udførelse af sådanne er ekstraarbejde.

»Vejrligsbestemte vinterforanstaltninger«, jf. vinterbekendtgørelsen, er ekstraarbejde.

Afviser bygherren at betale disse ekstraarbejder, har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse, og ved arbejder omfattet af vinterbekendtgørelsen samt alle bygge- og broarbejder og lignende tillige ret til betaling af stilstandsomkostninger. Er vinterforanstaltningerne, der skal betales som ekstraarbejde, beskrevet i en vintertilbudsliste med enhedspriser og skønsmæssigt fastsatte mængder, afregnes vinterforanstaltningerne efter tilbudslistens enhedspriser og de forbrugte mængder, og ellers som regningsarbejde.«

Ved e-mail af 1. juli 2009 fremsendte bygningskonstruktør Lars Lisby, Arkitektgruppen Regnbuen K/S, meddelelse til tilbudsgiverne om de indkomne tilbud. Af denne fremgår bl.a.:

»...

PLEJEBOLIGER VESTERVANG

Licitation den 30. juni 2009 kl. 14.00	Licitation tilbud	Tilbud uden alternative priser	Bemærkn.
HOVEDENTREPRISE:			
DavidsonPartnere A/S	kr. 51.977.000,00	kr. 52.505.776,00	
Hoffmann A/S	kr.59.694,009,00	kr. 58.299.247,00	
MT Højgaard A/S	kr.56.170.000,00	kr. 56.623.000,00	
E Pihl & Søn A/S	kr.56.484.000,00	kr. 56.928.045,00	
CC Contractor A/S	kr.54.402,000,00	kr. 53.572.000,00	
Poul Pedersen A/S	kr.51.844,000,00	kr. 52.186.500,00	<i>Standardforbehold af maj 2008</i>
Ejner Kornerup A/S	kr.55.819.907,00	kr.56.219.107,00	

Dansk Byggeri Standardforbehold af maj 2008, anses ikke for, at være i strid med udbudsmaterialet. ...«

Ved brev af 6. juli 2009 gjorde Davidson Partnere A/S indsigelse mod oplysningen om, at Dansk Byggeris standardforbehold ikke anses for at være i strid med udbudsmaterialet, og gjorde gældende, at det tagne forbehold stred mod udbudsbetingelserne.

Ved brev af 25. september 2009 meddelte indklagede tilbudsgiverne, at indklagede ville indgå kontrakt med Davidson Partnere A/S. Det blev samtidig oplyst, at indklagede i forbindelse med tilbudsvurderingen havde indhentet en juridisk vurdering, hvorefter klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, idet klageren havde taget Dansk Byggeris standardforbehold. Klagerens tilbud var derfor ikke indgået i tilbudsvurderingen. Den juridiske vurdering var vedlagt brevet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren har afgivet det laveste konditions-mæssige tilbud i forbindelse med udbuddet. Indklagedes formulering vedrørende forbehold må forstås således, at der var adgang til at

afgive tilbud med forbehold, blot forbeholdet ikke strider mod grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Dansk Byggeris standardforbehold 1 og 5 udgør ikke forbehold, men alene en præcisering. Det må i den forbindelse lægges til grund, at indklagedes rådgivere, som det fremgår af den fremsendte orientering af 1. juli 2009, var af den opfattelse, at standardforbeholdene ikke var i strid med udbudsmaterialet.

Udbudsbetingelserne bestemmelse om, at forbehold, der strider mod bestemmelser i udbudsmaterialet, ikke accepteres, medfører ikke pligt for indklagede til at afvise ethvert tilbud med forbehold for udbudsbetingelserne.

Hvis det var indklagedes intention, at forbehold under ingen omstændigheder ville blive accepteret, kunne man have nøjedes med at tilkendegive dette. Det må derfor lægges til grund, at indklagede har villet udtrykke noget andet. Dette understøttes i øvrigt af, at indklagedes rådgiver vurderede, at standardforbeholdene ikke stred mod udbudsmaterialet. Klageren har således gjort gældende, at indklagede med formuleringen har forpligtet sig til at foretage en vurdering af forbehold fra tilbudsgiverne vedrørende ikke grundlæggende udbudsbetingelser og prissætte sådanne forbehold.

Indklagede har bevisbyrden for, at klagerens tilbud indeholdt forbehold over for grundlæggende udbudsbetingelser, og indklagede ikke har løftet denne bevisbyrde.

Som følge heraf kan forbehold nr. 1 ikke anses som et forbehold i forhold til fællesbestemmelsernes pkt. 1.4, pkt. 2, pkt. 3.5, pkt. 3.11.2 og pkt. 6.3. Subsidiært er det gjort gældende, at indklagede, jf. ovenfor, under alle omstændigheder må anses for at have forpligtet sig til at foretage en vurdering af eventuelle forbehold.

Vedrørende forbehold nr. 5 i Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008 har klageren gjort gældende, at det ikke kan lægges til grund, at indklagedes angivelser om vejrligsforanstaltninger i fællesbestemmelsernes pkt. 3.7.7, pkt. 3.8.6 og pkt. 3.9.4 skulle være indeholdt i tilbuddet. Derfor

må forbehold nr. 5 om, at sådanne foranstaltninger er ekstraarbejde anses som en præcisering og ikke et forbehold for udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede med bestemmelsen i udbudsbetingelserne, hvorefter forbehold, der strider mod indholdet i udbudsmaterialet, ikke accepteres, har forpligtet sig til at afvise ethvert tilbud med forbehold for udbudsmaterialet.

Bestemmelsen kan således ikke ud fra sin naturlige forståelse anses som en henvisning til tilbagefaldsreglen efter EU-udbudsreglerne, hvorefter en ordregiver har ret, men ikke pligt til at tage et tilbud i betragtning, såfremt tilbuddet indeholder forbehold, der ikke vedrører et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

Subsidiært har indklagede gjort gældende, at indklagede var berettiget til at afvise et tilbud indeholdende forbehold, såfremt forbeholdet ikke var af bagatelagtig karakter.

Indklagede har i den forbindelse anført, at retten til at anse klagers tilbud som ukonditionsmæssigt ikke kan anses som bortfaldet ved indklagedes orientering om indkomne tilbud til tilbudsgiverne. Indklagedes e-mail til tilbudsgiverne af 1. juli 2009 havde således ikke karakter af en tildelingsbeslutning, men var udelukkende en orientering til tilbudsgiverne om indholdet af indkomne tilbud.

Kompetencen til at træffe beslutning om tildeling tilkommer Århus Byråd. Tildelingsbeslutningen og i den forbindelse beslutningen om, hvilke tilbud der skal afvises som ukonditionsmæssige, træffes således alene af Århus Byråd.

Sammenfattende har indklagede således gjort gældende, at indklagede har været forpligtet til at afvise tilbuddet fra klager, såfremt Dansk Byggeris Standard forbehold af maj 2008, som klageren har taget, indeholdt afvigelser over for udbudsmaterialet.

Den tilbudsgiver, som tager et forbehold, bærer bevisbyrden for, at forbeholdet ikke konkret indeholder afvigelser i forhold til udbudsmaterialet.

Under henvisning hertil har indklagede gjort gældende, at Dansk Byggeris standardforbehold nr. 1 indeholder et forbehold over for udbudsmaterialet, idet fx tilbudsgivernes forpligtelse til at indregne udgifter til afsætning af hovedlinier og kotefixpunkter er en fravigelse fra AB 92 § 9. Dansk Byggeris standardforbehold nr. 5 indeholder et konkret forbehold til udbudsbetingelsernes krav om, at af tilbudsgiverne skal indregne udgifter til vejrligsbestemte vinterforanstaltninger og overenskomstmæssige vejrligsforanstaltninger i tilbuddet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af det anførte under påstand 1 skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Davidsen Partnere A/S.

Indklagede har henvist til det anførte under påstand 1. Herefter er der ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Davidsen Partnere A/S.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Skrivelsen af 1. juli 2009 til tilbudsgiverne kan alene betragtes som en orientering om de afgivne tilbud. Indklagede har ikke herved har taget stilling til tilbuddene eller forbeholdet. Som anført af indklagede og i overensstemmelse med udbudsbetingelserne lå den endelige kompetence til at træffe beslutning om tildeling hos Århus Byråd.

Klageren har i sit tilbud har taget Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008.

I udbudsbetingelserne har indklagede fraveget AB 92 i fællesbestemmelsernes pkt. 3.5, pkt. 3.11.2, pkt. 1.4 og pkt. 6.3 vedrørende afsætninger, elafbrydelser og vejrligsdage. Dansk Byggeris standardforbehold nr. 1 strider mod disse bestemmelser.

Klagenævnet lægger ligeledes til grund, at Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008 nr. 5 indeholder et forbehold, der strider mod fællesbestemmelserne i tilbudsmaterialet pkt. 1.4, pkt. 3.7.7, pkt. 3.8.6 og pkt. 3.9.4. vedrørende vejrligsdage og vinterforanstaltninger, idet de efter dette forbehold er ekstraarbejde og ikke i overensstemmelse med fællesbestemmelserne er udgifter, der skal indregnes i tilbuddet.

Da det i udbudsbetingelserne klart er tilkendegivet, at forbehold, der strider mod tilbudsmaterialet, ikke accepteres, har indklagede været forpligtet til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Under henvisning til det anførte under påstand 1 tages klagerens påstand ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Gorm Nielsen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig